

국가안보 예외 관련 재판관할권과 판단의 기준 검토

산업통상자원부 신통상질서정책관 장 성 길

*논문접수 : 2021. 2. 2. *심사개시 : 2021. 2. 8. *게재확정 : 2021. 2. 22.

— < 목 차 > —

- | | |
|-------------------|--------------------------|
| I. 들어가며 | III. 국가안보 예외 관련 사례 검토 |
| II. 국가안보 예외 규범 검토 | 1. 러시아-통과운송 관련 WTO 패널 판정 |
| 1. WTO 규범 | 2. 양자 조약 관련 ICJ 판정 |
| 2. 국제법과의 관계 | IV. 나가며 |

I. 들어가며

국제통상 분야에서 특정 조치에 대한 국가의 의무 위반 여부와 관련하여 국가의 특정 조치가 국가안보를 목적으로 할 경우에 당해 국가가 체결한 다자 및 양자 조약상의 의무로부터 면제될 수 있는지, 그리고 조약 상 국가안보 예외 조항을 원용하는 국가의 조치와 관련한 분쟁에 있어서의 재판관할권과 판단의 기준에 대한 국가간 입장차와 논란이 지속되고 있다.

국가안보 예외와 관련된 규범적 논의는 2차 세계대전 이후 국제무역기구(International

Trade Organization: ITO) 설립을 위한 ITO 헌장 초안 작성 과정에서 미국의 주도하에 제시되었으며, 미 의회의 ITO 헌장 비준 실패로 ITO 설립이 무산된 이후에 1947년 GATT에서 ITO 헌장에 반영된 내용과 동일한 조항이 GATT 제21조 국가안보 예외 조항으로 반영되었다. 이후 미국 주도의 국제통상질서가 형성되는 가운데 양자 투자보장협정과 자유무역협정을 포함한 다수의 국제통상 분야 협정 뿐만 아니라 양자간 우호통상항해조약 등에도 GATT 제 21조와 유사 또는 동일한 국가안보 예외 조항들이 포함되어 왔다.

1947년 GATT 체제 출범 이후부터 현재에 이르기까지 국가안보 예외를 원용한 국가의 조치에 대한 분쟁이 다수 있었음에도 불구하고, GATT와 WTO 분쟁해결절차를 통하여 GATT 제21조의 적용과 해석에 대한 포괄적인 사법적 판단이 이루어진 것은 2019년 채택된 러시아-통과운송(Russia-Measures concerning Traffic in Transit) 분쟁과 관련한 WTO 패널 보고서¹⁾가 처음이다. 이는 그간 GATT와 WTO 회원국간 국가안보 예외와 관련된 문제를 사법적 해결의 대상이 아니라 정치적 또는 외교적 해결의 대상으로 인식하면서, 설령 GATT나 WTO 분쟁해결절차에 회부되더라도 패널 최종 보고서가 채택되기 전에 외교적 교섭 등을 통하여 분쟁이 마무리된데 상당 부분 기인한 것으로 보인다. 국가안보 관련 조치와 관련한 분쟁에 대해서는 사법적 심사를 통한 해결보다는 외교적 교섭과 상호자제를 통해 해결하는 방식에 대해 ‘냉전시기 해결방식(Cold War Settlement)’이라고 칭하는 학자도 있다.²⁾

트럼프 행정부가 적극적이며 공격적으로 국가안보 예외조항을 원용하면서 미국의 주요 기간산업을 보호하는 수단으로

활용하였음을 감안할 때, 앞으로 미국을 포함한 전세계 각 국가가 경쟁적으로 국가안보 예외 조항을 자국의 정책 추진을 합리화하면서 기체결한 통상조약 의무의 위반 가능성을 미연에 차단하려는 데 활용할 유인이 커질 것으로 보이며, 국가안보 예외 조항을 원용하려는 대상도 GATT 제21조에 적시된 핵물질, 무기 또는 군사용 물질의 거래 등과 같은 전통적인 분야에서 산업정책, 사이버안보, 기후변화 등으로 확대될 가능성이 점증하고 있다. 이러한 추세가 지속된다면 국가안보 예외를 원용한 특정 조치에 대해 어떠한 규범을 적용할지 또는 적용을 배제할 지에 대한 분쟁과 함께 향후 국가안보 예외의 적용 범위와 관할권을 둘러싼 논란과 국가간 분쟁도 증가하는 것이 불가피해 보인다.

미국은 조약 상 국가안보 예외 규정에 GATT 제21조에 반영된 자기결정(self-judging) 문구(“which it considers”)가 있을 경우에 이를 원용하는 국가의 특정 조치는 해당 조약 상 분쟁해결절차의 적용 대상이 아니라는 데 대해 일관된 입장³⁾을 가지고 있다. 미국을 포함한 일부 국가들의 입장과 같이 조약 상 GATT 제21조와 동일하게

1) Russia-Measures concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019

2) Benton Heath, “The New National Security Challenges to the Economic Order” Yale Law Journal (2020), p.1050

3) Russia-Measures Concerning Traffic in Transit - Report of the Panel (2019) WT/DS512/R/Add.1, Appendix D-10 (Executive Summary of the U.S Third Party Oral Statement), p. 106.

나 유사한 자기결정 문구가 해당 조약과 관련한 분쟁에서의 재판관할권 면제를 의미한다면, 절대적인 수준으로 국가안보 예외를 원용하는 국가의 행위나 조치가 보호될 수 있음을 의미한다.

이를 감안할 때, 국가안보 예외와 관련한 GATT 제21조 규정과 이와 유사한 양자 조약(우호통상항해조약 등) 상 국가안보 예외 조항의 검토와 WTO와 양자 조약에서의 국가안보 예외 조항의 해석과 적용과 관련한 분쟁 사례 분석을 통하여 국가안보 예외 조항과 재판관할권과의 관계를 검토해보고, GATT 제21조 국가안보 예외 조항과 관습국제법 상 국가책임 면제 조항과의 관계에 대한 검토가 필요해 보인다.

II. 국가안보 예외 규범 검토

1. WTO 규범

가. 국가안보 예외 조항의 연혁

2차 세계대전 이후 ITO 헌장 초안 작성 과정에서 국가안보 예외 조항 논의를 주도한 국가는 미국이었는데 초기 미국 정부내 논의 과정과 ITO 헌장 초안 논의 과정을 살펴보면, 형식적으로 국가안보 예

외가 별도의 조항이 아니라 일반 예외를 구성하는 세부항목의 하나로서 포함되어 구성되었으며, ITO 헌장 전체가 아닌 특정 챕터에만 적용되는 것으로 시작되었다. 이후 미국 정부내 논의 과정과 ITO 헌장 당사국간의 초안 논의 과정을 거치면서 국가안보 예외가 별도의 조항으로 구성되고 예외의 적용범위가 ITO 헌장 전체로 확장되었다.⁴⁾

내용과 관련하여 미 국방부는 가급적 포괄적인 국가안보 예외 확보를 통하여 국가가 비상조치를 취할 수 있는 권한을 확보해야 한다는 입장을 견지한 반면, 미 국무부는 다자무역체제의 강화가 미국의 이익에 부합한다고 하면서 포괄적인 국가안보 예외 규정은 여타 국가들이 이를 남용할 유인을 제공하여 결과적으로 미국의 이익에도 반한다는 입장을 취하였다. ITO 헌장 초안 논의 과정에서의 미 국무부와 미 국방부간의 입장차이는 ‘비상상황(emergency)’, ‘필수적 안보이익(essential security interests)’과 같은 확장가능 문구(open-ended phrases)와 ‘채약당사자가 간주하는(which it considers)’이라는 자기결정(self-judging) 문구를 반영시키는 방식으로 절충되었다.⁵⁾

4) Mona Pinchis-Paulsen, "Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions" Michigan J.I.L Volume 41 issue 1 (2020)

5) Mona Pinchis-Paulsen, supra note 4, p.148, p. 192.

이러한 협상 기록은 ITO 헌장 초안 논의와 작성 과정에서 실제적인 안보이익(real security interests)을 감안하되 무역자유화에 따른 이익을 침해하거나 남용되어서는 안된다는 데 대해 미국 정부 뿐만 아니라 ITO 초안 작성에 참여한 국가들 사이에서도 전반적인 공감대가 있었음을 보여준다. 초안 작성자들은 필수적 안보이익의 의미가 순수하게 안보를 위한 조치를 배제할 정도로 너무 좁아서도 안되고 경제적 목적을 위한 위장된 제한조치가 포함될 정도로 넓어서도 안된다고 보았다.⁶⁾ 무역자유화를 위한 원칙들과 필수적 안보이익간의 균형 측면에서 국가안보 예외 조항이 다루어져야 한다는 것이 GATT 제21조의 입법 취지인 것으로 이해된다.

나. GATT 제21조 상세 검토

국가안보 예외와 관련한 GATT 제21조 조항은 GATS 제14조의2, TRIPS 73조에도 동일 또는 유사⁷⁾하게 반영되어 있으며, WTO 복수국간 협정인 정부조달협정(Revised Agreement on Government Procurement) 제3조 제1항에도 변형된 형태로 반영⁸⁾되어 있다. WTO 체제에서 국가안보 예외 조항이 상품교역을 규율하는 GATT, 서비스교역을 규율하는 GATS, 지식재산 관련 사항을 규율하는 TRIPS에는 반영되어 있으나 모든 WTO 분야별 협정에 일률적으로 반영된 것은 아님에 따라, WTO 체제에서 국가안보 예외 조항의 적용 범위에 대한 문제와 해석의 문제가 논정될 가능성이 상존한다.

6) GATT Analytical Index: GATT 1994 - Guide to GATT Law and Practice (1995) p. 600.

7) GATS 제14조의 2는 GATT 제21조 전체 내용을 동일하게 제1항으로 구성하면서, 제2항으로 GATT 제21조 (b)항과 제21조(c)항 관련 사항에 대해 WTO 서비스무역위원회에의 통보 의무를 추가적으로 규정하고 있다.(2. The Council for Trade in Services shall be informed to the fullest extent possible of measures taken under paragraphs 1(b) and (c) and of their termination.)

8) Article III — Security and General Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes.

<GATT 제21조>

이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

- (a) 공개 시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 계약당사자가 간주하는 정보를 제공하도록 계약당사자에게 요구하는 것 또는
- (b) 자신의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 계약당사자가 간주하는 다음의 조치를 계약당사자가 취하는 것을 방해하는 것
 - (i) 핵 분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질에 관련된 조치
 - (ii) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치
 - (iii) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치
- (c) 국제 평화 및 안보의 유지를 위하여 국제연합헌장 하의 자신의 의무에 따라 계약당사자가 조치를 취하는 것을 방해하는 것

(i) 제21조 (a)항 검토

국가안보 예외와 관련하여 제21조 (b)항 및 (c)항이 WTO 협정 의무 위반에 대한 예외적 상황을 규정하는데 반해, 제21조 (a)항은 핵심 안보이익(essential security interest)과 관련된 사안에 대해서는 계약국의 자기 판단에 근거하여 관련 정보(information)의 제공 거부를 규정하고 있다. 제21조 (a)항의 정보는 ‘개인 정보를 포함한 모든 형태의 정보’를 포함하고 있으며, (b)항과 (c)항에 따라 취해진 WTO 회원국의 국가안보 관련 조치에 대한 정보를 제공함에 있어서도 (a)항이 적용되는

것으로 해석된다.⁹⁾ 동 조항은 디지털 교역이나 개인정보 보호와는 상관없이 도입되었으나,¹⁰⁾ WTO에서의 전자상거래 규범 협상이 진행되고 있으며, FTA나 별도의 디지털 규범 제정과정에서 개인정보 보호 문제가 부각되며, 미국, 중국을 포함한 상당수 국가들이 개인정보 보호문제를 국가안보 측면에서 접근하고 있음에 따라, 제21조 (a)항의 해석과 적용범위에 대한 관심이 제고되고 있다.

특히 최근 체결되었거나 협상이 진행중인 FTA나 양자/복수국간 디지털 규범에서 개인정보를 적절히 보호하면서 자유로운 해외 이전을 보장하는 것을 주요한 목적으로 하고 있으며, 방법론적으로 개인정보의 해외이전 자유를 원칙적으로는 보장하되, 각국이 ‘정당한 정책목표(Legitimate Public Policy Objective: LPPO)’를 추진하는 범위내에서 개인정보의 해외이전과 관련한 제한을 취하는 방식을 주로 취하고 있다. 이에 더하여 각 협정에서 GATT 제20조와 유사한 형태의 일반예외(General Exception) 조항이 개인정보 보호와 관련된 챕터(주로 전자상거래 챕터)에 적용되는 구조를 취하고 있다.

9) 이재민, “국가안보 예외의 사각지대 - ‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총, 65(1), (2020) pp. 134~140.

10) 이재민, “디지털 교역시대의 아날로그 규범 - ‘개인정보’의 국경간 이전과 국가안보 예외-”, 국제법학회 논총, 65(2), (2002), p. 247.

개인정보의 해외이전 자유의 원칙에 대하여 LPPO와 관련한 예외 부여에 더하여 일반예외가 적용될 수 있는 구조에서 GATT 제21조 (a)항과 유사 또는 동일하게 자기결정(self-judging)에 따라 국가안보 예외를 원용하여 개인정보를 포함한 정보 제공 거부 가능성이 있다면, 개인정보의 해외이전 자유를 보장한다는 일반원칙이 중첩적인 예외조항으로 인하여 형해화되는 결과를 초래할 수 있을 것으로 우려된다.

(ii) 제21조 (b)항 검토

GATT 제21조의 국가안보 예외 조항과 관련, 그간 제21조 (b)항의 해석과 적용에 대한 회원국간 입장차이가 노정되었으며, 일부 사안은 GATT 및 WTO 분쟁해결절차로 회부되었다. 제21조 (b)항의 해석과 적용에 관한 논란은 크게 1) 핵심 안보이익(essential security interests)의 범위, 2) 자기결정(which it considers)의 의미와 재판관할권과의 관계, 3) 필요성(necessity) 판단 기준, 4) (b)항 (iii)호의 ‘전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치’와 관련한 ‘비상시’의 판단 주체와 범위 등으로 압축된다.

GATT 체제하에서 GATT 제21조 (b)항과 관련한 분쟁에서는 대체로 국가안보에

근거하여 취해진 무역제한조치가 GATT 제21조의 정당화 요건을 충족하였는지 여부에 대한 판단은 무역제한조치를 취한 회원국의 전속적 재량사항이라는 입장이 다수였으며, 대다수 국가안보 예외와 관련한 다툼은 GATT 분쟁해결절차로 회부되지 않거나 분쟁해결절차로 회부되더라도 외교적 합의에 따라 패널 절차가 중단되었다.¹¹⁾

WTO 출범 이후 GATT 제21조 (b)항과 관련한 국가안보 예외의 적용과 관련하여 1996년 미국의 쿠바 제재조치로서 도입된 헬름스-버튼법(Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996)과 관련한 미국과 EC간의 다툼이 있었으나, 패널 보고서가 채택되기 이전에 EC의 요청으로 패널 심리가 정지되고, 1998년 패널이 소멸되었다.

국가안보 예외와 관련한 WTO 차원의 분쟁은 최근 집중적으로 이루어지고 있는데, 미국의 통상확대법 232조에 따른 외국산 철강 및 알루미늄 수입제한조치에 대한 WTO 패널절차가 현재 진행중에 있다. 또한 2016년 우크라이나가 러시아의 통과 금지조치를 WTO에 제소한데 대해 러시아가 GATT 제21조 (b)항에 따른 패널 관할권 배제를 주장한 바 있다. ‘러시아-통

11) 이지수, “무역제한조치와 안보: WTO 안보상 예외에 관한 해결되지 않은 문제들”, 국제경제법연구 15(3), (2017) p. 189.

과운송 제한' 패널 보고서는 상기 GATT 제21조 (b)항의 쟁점사항을 모두 다루고 있는 첫 번째 WTO 패널 보고서로 상당한 의미를 가지고 있는 바, 본고 III-1에서 주요 쟁점별로 상술하기로 한다.

(iii) 제21조 (c)항 검토

UN 헌장 제24조는 국제평화와 안전의 유지를 위한 일차적인 책임을 UN 안전보장이사회에 부여한다. 유엔헌장 제7장의 제39조는 안전보장이사회가 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 결정토록 하며, 제41조와 제42조는 안전보장이사회가 국제평화의 안전을 유지하거나 이를 회복하기 위하여 권고하거나 비군사적 또는 군사적 강제조치를 취할 수 있음을 규정하고 있다. 이에 근거하여 2004년 4월 WMD 확산 차단을 목적으로 하는 'UN 결의 1540호¹²⁾', 북한의 핵무기 실험에 대한 대응을 목적으로 하는 'UN 결의 1718호¹³⁾' 등이 채택되었다.

GATT 제21조 (c)항 규정은 UN 헌장 제7장에 근거한 안전보장이사회의 결의안에 대해 WTO 회원국들이 동 결의안의 범위

내에서 WTO 협정상의 약속과 의무 이행을 면제토록 하여, 경제제제나 수출통제 등의 방식으로 동 결의안을 이행토록 할 수 있도록 하는 법적 근거를 제공한다.

UN 안전보장이사회 결의안의 국내적 이행과정에서 국별 조치의 내용, 수준 등에 대한 WTO 회원국간 분쟁이 발생할 가능성을 배제할 수 없는데,¹⁴⁾ 이는 당초 ITO 헌장 초안 논의 과정에서 ITO가 국제연합(UN)의 특수기관(specialized agency)으로서 기능하면서 UN은 정치적 조치, ITO는 경제적 조치에 대한 관할권을 행사하는 것으로 의도하였음에도 불구하고 ITO의 설립이 무산되어 이러한 국제기구간 분업체계가 당초 의도대로 작동되지 않은 데 기인한다.¹⁵⁾ 특히 WTO 상소기능이 마비된 현재의 상황에서 UN 안전보장이사회 결의안의 해석 및 국내적 이행과 관련한 WTO 회원국간 분쟁이 발생하는 경우에 재판 관할권, 조치의 적절성 여부 등이 이슈가 될 가능성이 있다.

이에 더하여 WTO의 규범 제정능력 부재와 상소기구 기능 마비상태가 지속되면서 WTO의 기능과 위상이 약화되고 있는

12) UN S/Res/1504 (2004).

13) UN S/Res/1718 (2006).

14) 현재까지 GATT 제21조 (c)호와 관련한 GATT 또는 WTO 제소 사례는 없음.

15) Ji Yeong Yoo and Dukgeun Ahn, "Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-neck for Trade and Security?" Journal of International Economic Law, Vol. 19(2) (2016), pp. 424-426.

상황에서 ‘국가안보’와 연계될 수 있는 UN 안전보장이사회 결의안에 근거하여 WTO 회원국들이 GATT 제21조 (c)호의 ‘국가안보 예외’를 원용하는 무역제한적 조치를 재량적으로 취하는데 있어 별다른 제약이 없어진다면, WTO 체제의 안정성과 신뢰성에 또 다른 위협 요소로 작용할 수 있을 것으로 우려된다.

2. 국제법과의 관계

상술한 바와 같이 국가안보 예외 관련 조항은 ITO 헌장 초안 논의 과정에서 미국 주도하에 처음으로 제기되고 다루어졌음에 따라, 기존의 관습국제법에서 국가안보 예외와 관련한 조항이나 근거를 찾기 어렵다. 국가면제에 대한 관습국제법

을 규범화한 2004년 국가면제에 관한 유엔협약¹⁶⁾과 개별 국가 차원에서 이를 국내법으로 제정¹⁷⁾한 사례가 있으나, 이는 주권 평등의 원칙에 입각하여 주권국가간 원칙적으로는 타국 법원의 관할권으로부터 면제를 향유하는 것이며, 국가면제의 대상과 관련하여도 국가의 주권적 행위(*acta jure imperii*)에 국한될 뿐, 상업적 행위(*acta jure gestionis*)¹⁸⁾는 국가면제의 대상이 아니라는 제한적 주권면제론(*restrictive sovereign immunity*)에 기반하고 있다. 이와 별개로 국가책임과 관련한 2001년 국제법위원회(International Law Commission)의 국가책임협약 초안¹⁹⁾은 국가의 국제법 위반행위²⁰⁾와 관련한 위법성 조각사유²¹⁾를 규정하고 있는데, ILC 국가책임협약은 국제법 상 국가의 위법행위와

16) 2004 United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

17) 미국: Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA of 1976), 영국: State Immunity Act (SIA of 1978), 호주: Foreign States Immunities Act (FSIA of 1985), 일본: Act on Civil Jurisdiction over Foreign States (ACJFS of 2009).

18) 2004년 국가면제에 관한 유엔협약 상 국가면제를 원용할 수 없는 사안: 1)상업적 거래(Commercial transactions, 제10조), 2)고용계약(Contracts of employment, 제11조), 3)신체적 피해 또는 재산상 손실(Personal injuries and damage to property, 제12조), 4)재산의 소유·점유·사용(Ownership, possession and use of property, 제13조), 5)지식재산권 및 산업재산권(Intellectual and industrial property, 제14조), 6)회사 또는 기타 단체 참여(Participation in companies or other collective bodies, 제15조), 7)국가 소유·운영 선박(Ships owned or operated by a State, 제16조), 8)중재합의의 효력(Effects of an arbitration agreement, 제17조).

19) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

20) 국제법 상 국가에 귀속될 수 있으며(is attributable to the State under international law), 국가의 국제의무 위반에 해당하는(constitute a breach of an international obligation of the State) 작위 또는 부작위 행위(제2조, Elements of an internationally wrongful act of a State).

21) 국가책임협약 초안 상 위법성 조각 사유: 1)동의(Consent, 제20조), 2)자위(Self-defence, 제21조), 3)대응조치(Countermeasures in respect of an internationally wrongful act, 제22조), 4)불가항력(Force majeure, 제23조), 5)조난(Distress, 제24조), 6)긴급피난(Necessity, 제25조).

책임을 전제로 하면서 위법성 조각사유를 적시한 것으로서 국제법 상 국가의 의무 위반 또는 위법행위가 없음을 전제로 하는 예외(exception)와는 상이한 접근이 필요하다.

국가안보 예외 관련 조항이 1947년 GATT 체제에서 GATT 제21조로 반영된 이래, 양자 및 다자조약에서 GATT 21조와 동일하거나 유사한 국가안보 예외 조항 반영이 확산되어 왔다. 이에 따라, 협정 상 국가안보 예외 조항의 해석과 적용에 있어서 기존 국제법과의 관계를 어떻게 설정할 것인지, 특히 국가책임협약 초안 제25조(긴급피난, necessity)²²⁾와의 관계가 ICJ 및 ICSID 중재재판 과정 등에서 쟁점으로 다루어졌다.

GATT 제21조 국가안보 예외나 GATT 제20조 일반예외 모두 ‘예외(exceptions)’와 관련이 있는 만큼, 국제법 상 ‘예외’의 성격과 의미에 대한 검토가 필요하다. Henckels

는 협정의 적용 제외를 의도하는 조약상 예외(exception) 조항이 협정의 적용을 전제로 하는 관습국제법 상 국가책임 면제 조항에 대해 특별법적 지위를 가지는 데 대해 비판하고 있다. Henckels는 국가안보 예외를 ILC 국가책임협약 초안 제25조 상 긴급피난에 대한 특별법 우선원칙으로 다루게 되면, 국가안보 예외가 적용되지 않는 부분에 대해서는 국가책임협약 초안 제25조의 ‘유일한 방법 요건(only way test)’ 등의 엄격한 요건들이 ‘잔여 적용(residual application)’되어야 하는데, 이러한 법 적용은 협정 당사국들이 협정의 적용에 따른 의무위반 상황을 회피하기 위하여 협정의 적용 제외를 목적으로 국가안보 예외 조항에 합의한 의도와 다르다는 점을 지적한다.²³⁾

관습국제법인 ILC 국가책임협약 초안 제25조 긴급피난(necessity) 조항은 국가의 위법행위를 전제로 하여 1) 국가의 행위가 중대하고 급박한 위험으로부터 그 국가의

22) Article 25. Necessity:

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - (a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - (b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - (b) The State has contributed to the situation of necessity.

23) Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses: Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016), p. 5, p. 11.

핵심적 이익을 보호하기 위한 유일한 방법(the only way)이며, 2) 국가의 행위가 상대방 국가(들) 또는 국가 공동체의 핵심적 이익을 심각하게 침해하지 않으며, 3) 국제적 의무가 긴급피난의 원용 가능성을 배제하지 않으며, 4) 조치를 원용하는 국가가 긴급피난 상황에 기여하지 않아야 한다는 조건 모두를 충족하는 경우에만 위법성이 조각될 수 있음을 규정하고 있다.

이에 비해 GATT 제20조 일반예외는 제21조 국가안보 예외와 마찬가지로 조치 자체의 위법성을 전제로 하지는 않으나, 제21조 국가안보 예외 조항과 달리 체결국의 조치가 자의적이거나 정당화될 수 없는 방식으로 적용되거나 국제교역에 대한 위장된 제한으로 작용하지 않아야 하며 조치를 원용하는 국가에 대해 이를 증명해야 하는 책임을 부과하고 있다. GATT 제21조 국가안보 예외는 GATT 제20조 일반예외에 비해 조치 원용 당사국에 대해 폭넓은 재량권을 부여하고 있음을 확인할 수 있다.

이를 감안할 때, 우호통상조약(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation)이나 투자보호협정(Investment Treaty) 등에서 GATT 제21조 국가안보 예외 규정과 동일 또는 유사한 규정의 해석과 적용에 있어

서, 국가안보 예외조항과 ILC 국가책임협약 초안 제25조를 특별법과 일반법의 관계로 간주하면서 국가안보 예외조항이 적용되지 않는 부분에 대하여 관습국제법인 ILC 국가책임협약 초안 제25조를 기계적으로 ‘잔여적용(residual application)’ 하기 보다는, 경제적 함의가 상당한 국가안보 예외를 원용하는 조치의 타당성을 검토하는데 있어서 GATT 제20조 일반예외 조항을 활용하는 것이 보다 타당할 수 있을 것이다.

III. 국가안보 예외 관련 사례 검토

1. 러시아-통과운송(Russia-Transit) 관련 WTO 패널 판정²⁴⁾

가. 분쟁의 배경

2014년 우크라이나 신정부 출범 이후 우크라이나가 러시아 중심의 유라시아경제동맹(Eurasian Economic Union: EaEU)에서 벗어나면서 유럽연합(EU)와의 관계를 강화하면서 우크라이나와 러시아와의 관계가 악화되었다. 2014년 러시아가 우크라이나 영토의 일부였던 크림반도를 병합하고, 우크라이나 영토내 돈바스 지역에서 친러 분리주의 세력이 러시아의 지원으로

24) Russia-Measures concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, supra note 1.

우크라이나로부터 분리·독립을 선언하면서 내전으로 이어짐에 따라, 유엔 차원에서도 우크라이나 사태의 평화적 해결을 촉구하는 한편, 모든 유엔 회원국들에 대해 무역사용 및 위협금지, 국제분쟁의 평화적 해결의무를 상기시키는 총회 결의안(A/RES/68/262)을 채택하였다.

우크라이나 사태 발생 이후에 미국, EU 등이 대러시아 경제제재 조치를 취한데 대해, 러시아는 자국에 대한 경제제재 조치를 취한 국가들을 대상으로 농산물 등에 대한 수입제한 조치를 취하면서 이와 관련한 통관 제한조치를 취하였다. 러시아가 우크라이나에 대한 보복 조치의 일환으로 2016년부터 우크라이나에서 러시아를 경유하여 카자흐스탄으로 물품을 운송하는데 있어서 특정 경로만을 이용토록 하거나 특정 품목에 대해서는 러시아를 경유하는 자체를 금지토록 한데 대해, 우

크라이나가 GATT 제5조(통과의 자유), 제10조(무역규정의 공포 및 시행) 및 러시아의 WTO 가입의정서 상 의무를 위반한 것으로 WTO 분쟁해결절차 상 패널 설치를 요구하였다.

러시아가 문제의 조치가 GATT 제21조 국가안보 예외 조항에 근거한 것으로서 정당하며, 패널은 GATT 제21조를 원용하는 조치에 대한 관할권이 없다고 주장²⁵⁾한 데 대해, 우크라이나는 GATT 제21조는 WTO 분쟁해결 관할권에 대한 예외가 아니기에 러시아가 동 조항의 요건을 충족하는지를 입증해야 하며 이는 패널의 심사대상이 된다고 주장²⁶⁾하였다.

러시아-통과운송 사례는 GATT 제21조 국가안보 예외조항에 대한 WTO 차원의 실체적인 법적 검토가 이루어진 첫 번째 사례로서 주목 받았다. 특히 WTO 체약국이 특정 조치를 취함에 있어서 GATT 제

25) *Ibid.*, para 7.27 ('Russia asserts that there was an emergency in international relations that arose in 2014, evolved between 2014 and 2018, and continues to exist. Russia asserts that this emergency presented threats to Russia's essential security interests. Russia argues that, under Article XXI(b)(iii), both the determination of a Member's essential security interests and the determination of whether any action is necessary for the protection of a Member's essential security interests are at the sole discretion of the Member invoking the provision.')

26) *Ibid.*, para 7.31 (Ukraine interprets Article XXI of the GATT 1994 as laying down an affirmative defence for measures that would otherwise be inconsistent with GATT obligations. Ukraine rejects the notion that Article XXI provides for an exception to the rules on jurisdiction laid down in the GATT 1994 or the DSU. Ukraine considers that the Panel has jurisdiction to examine and make findings and recommendations with respect to each of the provisions of the covered agreements cited by either Ukraine or Russia, in keeping with the Panel's terms of reference under Article 7 of the DSU and the general standard of review under Article 11 of the DSU.)

21조 국가안보 예외조항을 원용되는 경우에 WTO 분쟁해결절차의 심리 대상이 되는지의 여부와 만약 그러하다면 필수적 국가안보로서 취해진 조치가 GATT 제21조에 합치한지를 판단하는데 있어서 어떠한 기준을 가지고 판단할 지는 향후 GATT 제21조의 해석과 적용과 관련이 있는 한-일 간 분쟁을 포함한 최근의 WTO 분쟁²⁷⁾에도 상당한 함의가 있을 것이다.

나. 국가안보 예외 관련 쟁점 검토

(i) 자기결정(self-judging)에 따른 재판관할권 성립 여부

문제의 조치가 GATT 제21조에 따른 국가안보 예외조치임에 따라 패널이 동 조치를 심리할 관할권이 없다는 러시아측의 주장에 따라, 패널은 본안심리에 앞서 GATT 제21조를 원용하는 국가의 조치에

대한 패널의 관할권이 있는지에 대한 여부를 우선적으로 검토하였다.²⁸⁾

이와 관련, 동 사건에 제3자로 참여한 17개국 중 미국은 GATT 제21조를 원용하는 회원국의 조치는 ‘본질적 권리(*inherent right*)’라고 하면서 패널의 재판관할권을 부정²⁹⁾하거나, 패널의 관할권이 인정된다 하더라도 ‘핵심적 안보이익’을 판단할 수 있는 법적 기준(*legal criteria*)이 부재하기에 동 분쟁에 대한 패널의 사법적 판단은 불가(*non-justiciable*)하다는 입장³⁰⁾을 서면으로 제출하였다. 반면, EU는 GATT 제21조를 원용하는 회원국의 조치에 대한 패널의 재판 관할권을 긍정³¹⁾하면서, 제21조의 자기결정 문구(“which it considers”)는 필요성(“*necessary*”)에 대한 판단에만 해당하는 것이며, 필수적 안보이익(“*essential security interests*”)라고 원용되는 조치가 제

27) 일본의 대한민국 전략물자수출통제조치와 관련한 WTO 분쟁, 미국의 통상확대법 232조에 근거한 철강 및 알루미늄 수입제한 조치와 관련한 WTO 분쟁, 사우디아라비아, 바레인, UAE의 제제조치와 관련한 WTO 분쟁 등.

28) *Russia-Measures concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, *supra* note 1, para 7.24 (The novel and exceptional features of this dispute, including Russia’s argument that the Panel lacks jurisdiction to evaluate the WTO-consistency of the measures, owing to Russia’s invocation of Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994, requires that the Panel first determine the order of analysis that it deems most appropriate for the present dispute. Accordingly, the Panel considers that it must address the jurisdictional issues first before going into the merits.)

29) *Ibid.*, para 7.51.

30) *Ibid.*, para 7.52.

31) *Ibid.*, para 7.42 (“The European Union argues that Article XXI of the GATT 1994 does not provide for an exception to the rules on jurisdiction laid down in the DSU or to the special rules on consultations and dispute settlement contained in Articles XXII and XXIII of the GATT 1994.”)

21조 (b)(iii)항에 합치하는지에 대해서는 패널이 합리적으로 판단해야 하는 대상³²⁾라는 입장을 서면으로 제출하였다.

패널은 제21조의 자기결정 문구(“which it considers”)가 필요성(“necessary”)을 대상으로 하는지 또는 필수적 안보이익(“its essential security interests”)을 대상으로 하는지, 또는 제21조 (b)항 전체를 대상으로 하는지에 대한 구체적인 판단은 회피³³⁾³⁴⁾하면서도, 자기결정 문구(“which it considers”)가 제21조 (b)(iii)항의 상황의 결정(determination of the circumstances)까지는 확장되지 않으며, 이에 따라 제21조 (b)(iii)항을 원용한 조치가 러시아의 주장처럼 ‘완전히 자기 결정적(totally self-judging)’이지 않으며 미

국의 주장처럼 ‘사법적 판단 대상에서 제외(non-justiciable)’되지 않다고 하면서,³⁵⁾ 패널이 동 사안에 대한 관할권을 가지고 있다고 판시³⁶⁾하였다.

(ii) ‘필수적 안보이익(essential security interests)’ 판단의 기준

패널은 ‘핵심적 안보이익’과 관련한 회원국의 재량적 판단 권한을 확인³⁷⁾하면서도, 이와 관련한 회원국의 재량적 판단은 GATT 제21조 (b)(iii)항을 신의칙(good faith)에 따라 해석하고 적용하는 범위 내에서만 허용³⁸⁾되며, 이러한 신의칙 조건은 회원국이 GATT 제21조를 WTO 협정상 의무를 회피하기 위한 수단으로 이용하지 않을 것을 요구하며³⁹⁾, 이를 위하여

32) *Ibid.*, para 7.43 (“The European Union argues that the terms “which it considers” in the first part of Article XXI(b) qualify only the term “necessary”. Therefore, the existence of a war or other emergency in international relations in subparagraph (iii) should be interpreted to refer to objective factual circumstances which can be fully reviewed by panels. ... a panel should, on the basis of the reasons provided by the invoking Member, review whether the interests at stake can “reasonably” or “plausibly” be considered essential security interests.”)

33) *Ibid.*, para 7.63.

34) Mona Pinchis-Paulsen, *supra* note 4, p. 115.

35) Russia-Measures concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, *supra* note 1, para 7.82, 7.101, 7.102, 7.103.

36) *Ibid.*, para 7.104 (“the Panel finds that it has jurisdiction to determine whether the requirements of Article XXI(b)(iii) of the GATT are satisfied.”)

37) *Ibid.*, para 7.131 (“it is left, in general, to every Member to define what it considers to be its essential security interests.”)

38) *Ibid.*, para 7.132 (“Rather, the discretion of a Member to designate particular concerns as ‘essential security interests’ is limited by its obligation to interpret and apply Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in good faith.”)

39) *Ibid.*, para 7.133 (“The obligation of good faith requires that Members are not use the exception in Article

제21조 (b)(iii)항을 원용하는 조치를 하는 국가가 국제관계에서의 비상상황에서 취하는 조치라는 것의 진실성(veracity)을 증명할 수 있을 정도로 명확히 설명하는 것이 필요함을 판시⁴⁰⁾하였다.

패널은 ‘충분한 수준의 명확한 설명(sufficient level of articulation)’은 문제가 되는 ‘국제관계에서의 비상상황’에 달려 있는데, 군사적 충돌과 같은 상황이 아니라면 조치의 원용국이 보다 구체적으로 자국의 필수적 안보이익에 대해 명확히 설명하는 것이 필요하다고 판시⁴¹⁾하였다. 또한 패널은 신의칙(good faith)이 조치 원용국이 ‘핵심적 안보이익’을 결정하는데 뿐만 아니라, 이에 따른 조치(measures at issue)를 결정하는 데도 적용되며, 이러한 측면에서 해당 조치가 핵심적 안보이익을 보호하는데 있어서 ‘최소한의 타당성 요건(minimum requirement of plausibility)’을 충족해야 한다고 판시⁴²⁾하였다.

이와 관련, Benton Heath는 WTO 러시아-통과운송 패널 판정을 통하여 조약 상 자기결정(‘which it considers’) 문구가 포함되었다하더라도, 신의칙 의무(good-faith obligation)가 재판의 검토대상이 되어야 한다는 측면에서 의미가 있으며, 재판부는 재판 과정에서 조치를 원용하는 국가에 대해 관련된 국가안보 이익의 본질에 대한 상세한 설명과 함께 해당 조치와의 관계를 상세히 설명하는데 신의칙 심사(good-faith review)를 활용할 수 있다는 측면에서 동 패널 판정에 대한 의미를 부여하였다.⁴³⁾

Heath는 동 패널 판정이 GATT 제21조 국가안보 예외를 원용하는 분쟁에서의 신의칙 고려가 핵심적 안보이익 여부를 판단하는 데 뿐만 아니라 조치의 합리성(reasonableness)과 비례성(proportionality)을 판단하도록 함에 따라, 국가안보 예외 조치에 대한 실질적 심사(substantive review)를 가능토록 한 것으로 평가하고 있다.⁴⁴⁾

XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994.’)

40) *Ibid.*, 7.134 (‘It is therefore incumbent on the invoking Member to articulate the essential security interests said to arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity.’)

41) *Ibid.*, 7.135 (‘a Member would need to articulate its essential security interests with greater specificity than would be required when the emergency in international relations involved, for example, armed conflict.’)

42) *Ibid.*, 7.138 (‘Thus, as concerns the application of Article XXI(b)(iii), this obligation is crystallized in demanding that the measures at issue meet a minimum requirement of plausibility in relation to the proffered essential security interests, i.e. that they are not implausible as measures protective of these interests.’)

43) Benton Heath, *supra* note 2, p. 1067.

44) *Ibid.*, pp. 1070-1073.

또한 Heath는 동 패널 판정에서 무력 분쟁과 같은 전통적 이슈가 아닌 새로운 이슈에 대해서는 조치의 원용국에 대해 보다 구체적으로 자국의 필수적 안보이익에 대해 명확히 설명하는 것이 필요하다고 판시한 것과 관련하여, 이는 국가안보 관련 이슈에 대한 절차적 심사(procedural review)를 도입함에 따라, 국가안보 예외를 원용하는 조치에 대한 절차적 통제를 강화할 수 있을 것으로 평가한다.⁴⁵⁾

다. 소결

러시아-통과운송 관련 WTO 패널 판정은 GATT 제21조의 해석과 적용에 있어서 큰 의미가 있는 것으로 평가된다. 우선 자기결정(self-judging) 조항의 해석과 관련하여 패널이 러시아나 미국의 주장을 배척하면서 GATT 제21조와 관련한 분쟁에 대한 패널의 재판관할권이 있음을 명확히 한 것은 일본의 대한국 전략물자수출통제 조치와 관련한 한일간 WTO 분쟁에서의 재판관할권 논쟁에서도 시사하는 바가 클 것이다.

또한 패널이 ‘핵심적 안보이익’과 관련한 회원국의 재량적 판단 권한은 인정하면서도 신의칙(good-faith)에 기반하여 조

치 원용국이 ‘핵심적 안보이익’과 관련이 있는 상황이 존재하는지와 그러한 상황에서 취해진 조치가 적절한지에 대해 명확히 설명할 것을 요구한 것은 국가안보 예외 원용 조치의 남용을 방지하는 장치로서 역할을 할 것으로 보이며, 한일간 분쟁에서도 일측에 대해 해당 조치의 타당성과 당위성과 관련한 보다 많은 입증책임을 부과하는 근거로 활용될 여지가 있어 보인다. 마지막으로 GATT 제21조(b)(iii)항의 원용에 있어서 무력 충돌과 같은 군사적 비상상황이 아닌 상황에서는 GATT 제20조의 일반예외 조항에 준하는 입증책임을 조치 원용국에 부과하는 것으로 해석되며, 이 또한 한일 분쟁에서 일측에 대해 부담으로 작용할 수 있을 것으로 보인다.

2. 양자 조약 관련 ICJ 판정

가. Nicaragua 사건⁴⁶⁾

1980년대 미국 정부의 니카라과 반군에 대한 군사활동 및 준군사활동 지원에 대하여 1984년 니카라과 정부가 미국의 이러한 행위가 1956년 미-니카라과 우호통상항해조약⁴⁷⁾ 위반임을 이유로 배상책임을 청구하는 소송을 ICJ에 제기하였는데,

45) Ibid., pp. 1074-1080.

46) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986.

미-니카라과 우호통상항해조약 상 국가안보 예외조항에 따른 ICJ의 관할권 배제 여부가 쟁점이 된 사안이다.

미측은 동 조약 제21조의 예외 사유를 근거로 국가안보를 예외로 하는 조치에 대해서는 ICJ 관할권이 배제되어야 한다는 입장이었으나, ICJ는 동 조약 제24조 제2항⁴⁸⁾이 당사국간 평화적으로 해결하는데 합의하거나 외교적으로 조정되지 않는 사안에 대하여 ‘조약의 해석과 적용에 대해서는 ICJ가 관할권을 가지고 있다고 판시하였다.’⁴⁹⁾

이어 ICJ는 동 조약 제21조 (1)(d)항⁵⁰⁾이 ‘필수적 안보이익’과 관련한 예외를 규정

하고 있으나, 동 예외 조항이 GATT 제21조 (b)(iii)항과 달리 자기결정 문구가 부재를 지적하면서, 문구 상 차이를 고려한 반대해석(*a contrario*)을 통하여 ICJ가 미국의 행위와 조치가 미-니카라과 우호통상항해조약 제21조 (1)(d)항의 국가안보 예외에 해당하는지를 판단할 수 있다고 하였다.⁵¹⁾ 다만, ICJ는 GATT 제21조 (b)(iii)항이 이를 원용하여 조치를 취하는 국가에 대해서 전결적 자기관할권을 부여하는지에 대해서는 별도의 판단을 하지 않았다.

나. Oil Platforms 사건⁵²⁾

1987년 10월과 1988년 4월 미 군함에

47) Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua of 21 January 1956, 이하 ‘미-니카라과 우호통상항해조약’.

48) 제24조 제2항 : Any dispute between the Parties as to the interpretation or application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the Parties agree to settlement by some other pacific means.

49) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986, Supra note 46, para 222 (‘...it is covered by the provision in Article XXIV that any dispute about the “interpretation or application” of the Treaty lies within the Court’s jurisdiction. ...’)

50) 제21조 (1)(d)항 : necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.

51) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986, supra note 46, para 222: ‘...That the Court has jurisdiction to determine whether measures taken by one of the Parties fall within such an exception, is also clear *a contrario* from the fact that the text of Article XXI of the Treaty does not employ the wording which was already to be found in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade. This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to be construed to prevent any contracting party from taking any action which it “considers necessary for the protection of its essential security interests”,’

52) Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), I.C.J. Report, Preliminary Objection 1996 (이하 ‘Oil Platforms I.C.J Report 1996’), I.C.J. Report, Judgement 2003 (이하 ‘Oil Platforms I.C.J Report 2003’).

의한 이란 국영석유회사 소유 석유생산시설 공격에 대해 이란 정부는 미국의 이러한 행위가 1955년 미-이란 우호조약⁵³⁾의 무 위반임을 이유로 배상책임을 청구하는 소송을 제기하였다. 이와 관련하여 미측이 ICJ의 관할권 존재 여부에 대한 본안前항변(Preliminary Objection)을 제기한 데 대해 ICJ는 1996년 ICJ가 관할권을 가진다고 하면서, 그 이유로서 상술한 Nicaragua 사건과 유사하게 미-이란 우호조약 제21조 제2항⁵⁴⁾에 따라 ICJ가 동 조약의 해석과 적용과 관련한 분쟁에서의 관할권을 가지며, ICJ가 미국의 조치가 동 조약 제20조 (1)(d)항⁵⁵⁾에 따른 국가안보 예외 조

치에 해당하는지에 대해 판단할 수 있다고 하면서, 동 사안과 관련한 국가안보 예외 관련 조약의 해석에 있어서 Nicaragua 사건에서의 ICJ 판결 내용과 달리 해석할 이유가 없음을 명확히 하였다.⁵⁶⁾

본안 항변에서 미측은 미-이란 우호조약 제21조 제2항에 따른 ICJ의 관할권은 동 조약의 해석과 적용에 국한되며, 당사국 조치의 적법성(legality)을 일반 국제법(general international law)에 따라 판단하는데 까지는 확장되지 못한다는 입장을 보였다.⁵⁷⁾ 반면 ICJ는 재판부가 UN헌장과 관습 국제법(customary international law)을

53) Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the Islamic Republic of Iran and United States of America of 15 August 1955.

54) 제21조 제2항 : Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties agree to settlement by some other pacific means.

55) 제20조 (1)(d)항 : The present Treaty shall not preclude the application of measures necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.

56) Oil Platforms I.C.J Report 1996, supra note 52, para. 20 : “The Court, in its Judgement of 27 June 1986 in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), adopted the latter interpretation for the application of an identical clause included in the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation concluded between the United States and Nicaragua on 21 January 1956 (I.C.J Reports p.116 para 222, and p.136, para 271). ...The Court sees no reason to vary the conclusions it arrived at in 1986. It accordingly takes the view that Article XX, paragraph 1(d), does not restrict its jurisdiction in the present case, but is confined to affording the Parties a possible defence on the merits to be used should the occasion arise.”

57) Oil Platforms ICJ Reports 2003, supra note 52, para. 39 : “The question of the relationship between self-defence and Article XX, paragraph 1(d) of the Treaty has been disputed between the Parties, in particular as regards the jurisdiction of the Court. The United States emphasizes that the Court’s jurisdiction in this case is limited, pursuant to Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty, to the interpretation and application of the Treaty, and does not extend directly to the determination of the legality of any action of either Party under general international law.”

참조하면서 무력 사용의 적법성에 대한 판단을 하는 데까지 확장되어야 한다는 태도를 취하였다.⁵⁸⁾ 이어 ICJ는 미국과 이란측의 입장에 대한 심리의 결과로서 국제법에 따라 미국의 행위가 미-이란 우호조약 제20조 (1)(d)항의 ‘필수적 안보이익’에 따른 예외로 정당화될 수 없다고 판시하였다.⁵⁹⁾

다. 소결

Nicaragua 사건과 Oil Platforms 사건은 양자 조약에 포함된 국가안보 예외 조항을 통하여 국가안보 예외를 원용하는 조약 당사국의 조치가 ICJ의 재판 관할권으로부터 배제될 수 있는지 여부를 보여주는 주요한 사례로 평가된다. GATT 제21조 국가안보 예외 규정에 따른 GATT 차원의 재판 관할권 존부 여부에 대한 사법적 판단이 부재한 상황에서 1986년 ICJ가 미-니카라과 우호통상항해조약 상 국가안보예외 조약의 국가안보 예외조항에 대해 GATT

제21조 (b)항에 대한 반대해석(*a contrario*)을 통하여 당해 분쟁과 관련한 ICJ의 재판관할권을 확인하였으며, 이러한 ICJ의 입장이 1996년 Oil-platforms 사건에서도 재차 확인되었음은 주목할 만 하다.

러시아-통과운송 관련 2019년 WTO 패널 판정으로 GATT 제21조 (b)항의 자기결정 문구(“which it considers”)에도 불구하고 해당 분쟁에 대한 WTO 패널의 재판관할권이 확인된 만큼, 양자 조약에 GATT 제21조 (b)항의 자기결정 문구와 동일한 문구가 포함되더라도 이를 근거로 ICJ의 재판관할권을 부정하는 것은 쉽지 않을 것으로 보인다.

IV. 나가며

지난 4년간의 트럼프 행정부 행태는 보호무역주의를 배격하면서 WTO를 중심으로 하는 자유무역체제를 중시해온 기존의 미국 입장과 배치되는데, 특히 국가안보

58) *Ibid.*, para. 42: “The Court is therefore satisfied that its jurisdiction under Article XXI, paragraph 2 of the 1955 Treaty to decide any question of interpretation or application of (inter alia) Article XX, paragraph 1(d), of that Treaty extends, where appropriate, to the determination whether action alleged to be justified under that paragraph was or was not an unlawful use of force, by reference to international law applicable to this question, that is to say, the provisions of the Charter of the United Nations and customary international law.”

59) *Ibid.*, para. 78: “The Court thus concludes from the foregoing that the actions carried out by United States forces against Iranian oil installations on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified, under Article XX, paragraph 1(d) of the 1955 Treaty, as being measures necessary to protect actions constituted recourse to armed forces not qualifying, under international law on the question, as actions of self-defence, and thus did not fall within the category of measures contemplated, upon its correct interpretation, by that provision of the Treaty.”

를 이유로 하는 국가의 시장 개입과 적극적인 권한 행사는 2차 세계대전 이후 미국 주도하에 국제통상 분야에서의 GATT, WTO와 국제금융 분야에서의 IMF를 중심으로 시장의 역할과 기능을 중시하면서 무역 자유화를 촉진하고 규제를 완화해온 그간의 흐름에 역행한다는 비판이 상당하다.

반면, 1997년 아시아 금융위기와 2008년 금융위기를 경험하면서 무역 자유화와 규제 완화에 대한 대안 모색이 필요하다는 입장이 대두되었으며, 특히 중국의 급격한 부상에 따른 선진국들의 산업 경쟁력 약화는 미국을 중심으로 현재의 국제통상 질서에 대한 문제제기와 대응방안 모색을 본격화하는 계기가 되었다. 이는 미국이 GATT 제21조 국가안보 예외 조항을 근거로 하는 미 국내법⁶⁰⁾을 적용하여 국가안보예외의 위협이라는 명분하에 틱톡(TikTok), 위챗(WeChat) 등 중국기업의 미국내 활동을 규제하는 조치까지로 확대되는 양상을 보이게 된다. 이러한 환경에 더하여 기후 변화, 사이버안보와 같이 새로운 이슈가 부각되는 상황이 전개됨에 따라, 개별 국가 차원에서는 그간의 규제 완화 또는 규제 철폐 기조에서 규제를 도입하거나 강화하는 방안을 모색하면서, 국가안보 예

외를 원용하는 조치와 관련하여 국가간 분쟁과 함께 국가와 비국가 행위자(non-state actor)간의 분쟁도 점증하는 것이 불가피할 것으로 예상된다.

WTO 러시아-통과운송 패널 판정은 GATT 제21조의 해석과 적용에 있어서 국가의 전속적 자기결정(self-judging) 권한은 부인하고 해당 분쟁과 관련한 WTO 패널의 재판관할권을 확인하였으나, GATT 제21조에 따른 국가안보를 원용할 수 있는 상황과 조치에 대해서는 원용하는 국가에 대해 상당한 수준의 재량권이 부여됨을 확인하였다. WTO 러시아-통과운송 패널은 자기결정의 대상을 명확히 하거나 국가안보 예외를 원용한 조치의 적절성 자체에 대해서는 판단을 회피하면서, GATT 제21조 (b)(iii)항이 ‘신의칙(good faith)’에 따라 해석되고 적용되는 범위 내에서만 국가안보 조치를 원용하는 국가의 재량적 판단이 허용되며, ‘핵심적 안보이익’을 보호하는 데 있어서 해당 조치가 ‘최소한의 타당성 요건’을 충족해야 한다고 판시하였는 바, 향후 국가안보 예외와 관련한 WTO 분쟁 뿐만 아니라 양자 조약 상 국가안보 예외와 관련된 분쟁에 있어서도 ‘신의칙’과 ‘최소한의 타당성 요건’이 주요한 판단의 기준이 될 것으로 보인다.

60) International Emergency Economic Powers Act (50 U.S.C. 1701 et seq.), National Emergencies Act (50 U.S.C. 1601 et seq.)

ICJ는 Oil Platforms 사건과 Nicaragua 사건에서 양자 조약에서의 안보예외 조항에도 불구하고 ICJ의 관할권을 확인하는 한편, ICJ가 양자 조약에서의 안보예외 조항을 원용하는 당사국 조치의 적법성(legality)에 대하여 UN헌장과 관습 국제법(customary international law)을 참조하여 판단하였다. WTO 러시아-통과운송 패널 판정 결과를 감안할 때, 양자 조약에서 체약 당사국의 국가안보 예외 원용 조치에 대해 체약 당사국간의 별도의 합의⁶¹⁾가 없는 한에는 해당 조약에 따른 중재판정의 관할권을 부정하기 어려울 것으로 보인다.

러시아-통과운송 관련 분쟁에서 GATT 제21조를 원용한 국가안보 예외 조치에 대한 WTO 패널의 판단과 Oil Platforms 사건에서 확인된 양자 조약에서의 국가안보 예외와 관련한 ICJ의 판단과 비교하게 되면, WTO 패널과 ICJ 공히 재판관할권 자체는 확인하였으나 판단의 근거나 준거법은 동일하지 않음에 주목할 필요가 있어 보인다.

경제통상 분야에서 GATT 제21조 국가안보 예외를 원용한 조치에 대한 WTO 패

널 판정이 해당 조치의 적법성에 대한 판정까지는 이르지 못한 반면, 무력충돌 등의 상황에서 양자 조약 상 국가안보 예외 원용하는 조치에 대해 ICJ가 ‘관습 국제법’을 참조하면서 해당 조치의 적법성에 대해서도 판단할 수 있음은 시사하는 바가 크다. 우호통상조약을 포함한 양자 조약에서 국가안보 예외의 적법성을 판단하는데 있어서, 관련한 관습 국제법인 ILC 국가책임협약 초안 제25조 긴급피난(necessity) 조항 상 ‘유일한 방법 요건(only way test)’ 등을 고려하게 된다면, GATT 제21조를 원용한 국가안보 예외 조치와 관련한 WTO 패널 판정과 대비하여 조치 원용국에 불리한 판정이 내려질 가능성이 상당할 것이다.

국가간 무력충돌 등의 엄중한 상황에서 무력충돌 행위의 귀책사유와 관련한 사법적 판단이 그러한 상황에서의 교역제한적 조치와 관련한 상황에서의 사법적 판단과 다르며, 상황의 엄중함을 감안하여 국가안보 예외를 원용하는 우호통상항해조약의 위반행위에 대해 ICJ가 국제관습법 등을 참조하면서 조치의 적법성까지 판단하는 것이 일응 타당할 수는 있을 것이다.

61) 한미 FTA 국가안보 예외 조항(제23.2조 및 각주)은 투자 관련 분쟁(ISDS)을 포함한 한미 FTA와 관련한 모든 분쟁에서 국가안보 예외가 원용될 경우에 자동적으로 국가안보 예외가 적용됨을 규정(For greater certainty, if a Party invokes Article 23.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Eleven (Investment) or Chapter Twenty-Two (Institutional Provisions and Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.)

또한 WTO 체제가 원칙적으로 WTO 회원국간 합의된 다수의 협정에 기반함에 따라 관습 국제법의 적용이 상대적으로 제한되며, WTO 협정의 적용과 해석을 전담하는 WTO 분쟁해결시스템이 운용되어 왔음을 감안할 때, 국가안보 예외와 관련한 WTO에서의 분쟁과 통상적인 양자 조약 및 협정에서의 분쟁을 평면적으로 비교하는 데는 한계가 있을 것이다.

하지만 우호통상항해조항 상 국가안보 예외를 원용하는 조치라고 하더라도 경제적 목적이나 영향이 상당한 조치이거나 양자 투자보장협정(BIT) 관련 ICSID 중재판정과 같이 국제경제 및 통상 분야에서 쟁점이 되는 상황에서는 국가안보 예외와 일반예외를 포함한 WTO 제반 규정이 보다 폭넓게 적용될 여지가 있을 것으로 보인다.

특히, 국가안보 예외와 관련한 양자 투자보장협정의 적용과 해석에 관한 분쟁에 있어서 GATT 제21조 국가안보 예외와 동일 또는 유사한 규정이 있음에도 불구하고 국제 관습법인 ILC 국가책임협약 초안 제25조가 사법적 판단의 주된 근거로 활용하게 된다면, 국가와 국가간의 분쟁인 WTO 분쟁해결절차에서 국가안보 예외를 원용하여 조치를 취하는 국가에 비하여 국가와 사인간의 분쟁인 ICSID 중재판정

에서 동일한 조치를 취한 국가에 대하여 상대적으로 과중한 입증 책임과 조치의 적절성에 대한 엄격한 심사기준을 부과되는 문제가 발생할 수 있다.

이러한 점을 감안할 때, 국제 경제 및 통상 분야에서는 국가안보 예외를 원용하는 국가의 조치에 대한 사법적 판단에 있어서 러시아-통과운송 관련 WTO 패널 판정에서 제시된 바와 같이 GATT 제21조 해석과 적용에 있어서 ‘신의칙’과 ‘최소한의 타당성 요건’을 주요한 판단의 기준으로 삼되, 보충적인 판단의 기준으로서 국제관습법인 ILC 국가책임협약 초안 제25조보다는 GATT 제20조 일반예외 조항을 활용하는 것이 보다 타당해 보인다.

이와 별도로 GATT 제21조 국가안보 예외를 원용하는 조치의 범위가 기존의 무기 또는 군사 관련 분야와 전시 상황이라는 전통적 분야 또는 상황에서 확대되어 사이버안보, 기후변화와 같은 새로운 이슈와 팬데믹과 같은 비상상황으로도 적용될 가능성에 대비하고 대응할 필요가 있다. 국내적으로는 국가안보 예외 원용이 가능할 수 있는 이슈와 상황에 대비하면서 외국인투자촉진법, 대외무역법 등 교역 및 투자와 직접적인 관계가 있는 국내 법령 뿐만 아니라 개인정보보호법 등 국가안보 예외가 적용될 수 있는 국내법령

을 정비하는 것이 필요해 보인다. 이러한 국내 법령 정비에 있어서 국가안보 예외를 원용하는 조치가 위장된 교역제한 조치로 악용되지 않고 GATT 규범과의 합치

성이 보장될 수 있도록 국가안보 예외를 원용하는 조치를 검토하고 채택하는 데 있어서의 절차적 심사와 통제가 제도적으로 보장되어야 할 것이다.

참고문헌

이재민, “국가안보 예외의 사각지대 - ‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총 65(1) (2020)

이재민, “디지털 교역시대의 아날로그 규범 - ‘개인정보’의 국경간 이전과 국가안보 예외-”, 국제법학회 논총 65(2) (2020)

이지수, “무역제한조치와 안보: WTO 안보상 예외에 관한 해결되지 않은 문제들”, 국제경제법연구 15(3) (2017)

Ji Yeong Yoo and Dukgeun Ahn, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottleneck for Trade and Security?” Volume 19(2) (2016)

Mona Pinchis-Paulsen, “Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions”, Michigan J.I.L. Volume 41 issue 1 (2020)

Kathleen Calussen, “Trade Security Exceptionalism”, Stanford L.R. Volume 72 (2020)

Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses”, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016)

Alexander Orakhelashvili, “Research Handbook on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2015)

Benton Heath, “The New National Security Challenges to the Economic Order”, Yale L.J. (2020)

Michael J. Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, Michigan Journal of International Law 558 (1991)

Wesley A. Cann, Jr., “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Base Relations and Establishing a

New Balance between Sovereignty and Multilateralism” 26 Yale Journal of International Law 413 (2001)

WTO GATT 1994

GATT Analytical Index: GATT 1994 - Guide to GATT Law and Practice (1995)

Russia-Measures Concerning Traffic in Transit - Report of the Panel (2019), WT/DS512/R, WT/DS512/R/Add.1, Appendix D-10

Military and Para-military Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v U.S., I.C.J. Reports 1986

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua of 21 January 1956

Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v U.S., I.C.J. Report, Preliminary Objection 1996, I.C.J. Report, Judgement 2003

Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the Islamic Republic of Iran and United States of America of 15 August 1955

2004 United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)

[국문초록]

국가안보 예외 관련 재판관할권과 판단의 기준 검토

국제통상 분야에서 특정 조치에 대한 국가의 의무 위반 여부와 관련하여 국가의 특정 조치가 국가안보를 목적으로 할 경우에 당해 국가가 체결한 다자 및 양자 조약상의 의무로부터 면제될 수 있는지, 그리고 조약 상 국가안보 예외 조항을 원용하는 국가의 조치와 관련한 분쟁에 있어서의 재판관할권과 판단의 기준에 대한 국가간 입장차와 논란이 지속되고 있다.

1947년 GATT 체제 출범 이후부터 현재에 이르기까지 국가안보 예외를 원용한 국가의 조치에 대한 분쟁이 다수 있었음에도 불구하고, GATT와 WTO 분쟁해결절차를 통하여 GATT 제21조의 적용과 해석에 대한 포괄적인 사법적 판단이 이루어진 것은 2019년 채택된 러시아-통과운송(Russia-Measures concerning Traffic in Transit) 분쟁과 관련한 WTO 패널 보고서가 처음이다.

트럼프 행정부가 적극적이며 공격적으로 국가안보 예외조항을 원용하면서 미국의 주요 기간산업을 보호하는 수단으로 활용하였음을 감안할 때, 앞으로 미국을 포함한 전세계 각국이 경쟁적으로 국가 안보 예외 조항을 자국의 정책 추진을 합리화하면서 기체결한 통상조약 의무의 위반 가능성을 미연에 차단하려는 데 활용할 유인이 커질 것으로 보이며, 국가안보 예외 조항을 원용하려는 대상도 GATT 제21조에 적시된 핵물질, 무기 또는 군사용 물질의 거래 등과 같은 전통적인 분야에서 산업정책, 사이버안보, 기후변화 등으로 확대될 가능성이 점증하고 있다.

WTO 러시아-통과운송 패널 보고서는 국가안보 예외 조항과 재판관할권과의 관계와 판단의 기준에 대한 의미있는 선례를 제시한 것으로 평가되나, 향후 국제법 상 국가안보 예외 조항과 관련한 추가적인 검토가 필요해 보인다. 또한 조약 상 국가안보 예외 조항의 검토와 함께 GATT 제21조 국가안보 예외 조항과 관습국제법 상 국가책임 면제 조항(ILC 국가책임협약 제25조)과의 관계에 대한 보다 면밀한 검토가 필요한 시점이다.

주제어

국가안보 예외, GATT 제21조, 재판관할권, 판단의 기준, 국가책임면제, 러시아-통과운송 분쟁

[Abstract]

Jurisprudence and standards of review with regard to security exceptions

In international trade, there have been divergent views and positions among nations on how to address measures purportedly protecting national security. A country may insist on exempting certain measures from its bilateral and/or multilateral treaty commitments, claiming the measures are essential for protecting its essential security interests. Issues of jurisprudence and standards of review also need to be examined when there are disputes on security-related measures.

Since the establishment of the General Agreement on Tariffs and Trade (the “GATT”) system in 1947, there have been a series of disputes among nations with regard to measures addressing national security concerns. However, countries have been extremely cautious about invoking the security exceptions under Article XXI of the GATT. A Panel Report on “Russia-Measures concerning Traffic in Transit” provided the first comprehensive judicial findings in the history of GATT/WTO dispute settlement proceedings on the application and interpretation of this Article.

The Trump Administration opened the door for the proactive and aggressive invocation of security exceptions in order to justify protective measures with significant implications on trade. Consequently, many countries across the world would have strong incentives to legitimize their measures and deviate from their international trade commitments in a similar manner. Furthermore, it remains to be seen whether the invocation of security exceptions would expand to areas that are outside the areas enumerated in GATT Article XXI such as industrial policy, cyber security and climate change. It is time to have more thorough reviews on the concept of national security and how to interpret security exceptions under the treaties within the purview of international laws.

Even though there is no consensus among WTO members on the “Russia-Traffic in Transit” panel’s findings and interpretations, the panel’s findings and interpretations of GATT Article

XXI are believed to have set meaningful precedents on the issue of jurisprudence and the standards of review on security exceptions. Nevertheless, we need further elaborations on the security exception issues in the context of international law, including the relationship between GATT Article XXI and Article 25 of the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

Keywords

Security Exceptions, GATT Article XXI, Jurisprudence, Standards of Review, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit